

Si Vee esta [illegible] ay otro apuntam.to e Respuesta de la de contrario en el volume 10. a f. 285.

POR D. ANTONIO DE GAMBOA Y ERASO

ALCAYDE DE LA CIVDAD DE Alcala la Real.

EN EL PLEYTO

CON SANCHO DE SARAVIA Y CONSORte, y D. Diego de Guzman su hijo, Cauallero de la Orden de Señor Santiago, y Alcayde de la Ciudad de Tarifa.

En Granada. Impressa en la imprenta de Martin Fernandez Zambrano, en la calle de los Gomeles. Año 1631.

ESTE PLEYTO QVEdò visto en vista, por el año passado de seiscientos y onze por los Señores Licenciados Francisco Flores, y Pedro Gamarra, y D. Iuan de Frias Mesia, y auiendose quedado en este estado veintivn años, con el conocimiento de la poca justicia que tenia Sancho de Sarauia, le dexò sio instar se votasse, y queriendo agora seguirlo el dicho don Diego, tratò el año passado de 630. de que se buscassen los votos de los Señores que erã muertos, y por no auerse hallado, pidio se nombrassen Señores Iuezes, que de nueuo le viessen, como se ha hecho por los Señores donGarcia de Salazar, y don Aluaro de Oca y Sarmiento, y por que deste dicho pleyto ay memorial en forma ajustado con las partes, no trataremos de hazer proposicion del hecho, sino que de lo necessario para la diuision deste papel, nos valdremos en suma, remitiendo lo demas al Memorial.

Es pues el caso, q̃ por el año passado de 1596. el dicho Sancho de Sarauia, y Luis de Caruajal su hermano, pusieron demanda a esta parte, pidiendo restitucion del Cortijo, sito en el termino de Montefrio, pretendiendo que esta parte le tenia y posseia sio titulo, ni causa, y esforçò esta demanda alegando mas de su justicia, con que las ventas y enagenaciones que se auian hecho del dicho Cortijo, eran nulas, por auer sido sin solenidad. Y aqui se aduierte, que no se tratò, ni eo este pleyto se trata de lesion en quanto al precio.

No auiendose ootificado esta demanda a persona alguna, porque del pleyto no consta que se notificasse, eo 13. de Agosto del dicho año de 1596. dio peticion D. Antonio de Gamboa, declinando y refiriendo, que no estaua obligado a responder a la

-a la dicha demanda, porque el no posseia el Cortijo, que en ella se pedia, sino la señora doña Beatriz de Eraso su madre, y protestò que no le corriesse termino.

Con esta declinatoria se quedo el pleyto, hasta el año de 601. en que salio auto en 18. de Henero, mandando que don Antonio respondiesse derechamente. Confirmose en primero de Março de 1601. y afirmose la parte de Sancho de Sarauia en la dicha demanda en 27. de Março del mismo año, y sin passar los veinte dias para poner excepciones, en 30. de Março se acusò rebeldia, y con esto salio auto de prueua en 21. de Enero de 604. de forma, que sin auer cõtestacion legitima, se recibio la causa a prueua.

Estando en este estado, esta parte en 27. de Março de 604. puso excepciones, diziendo, que auia de ser dado por libre, porque el dicho Cortijo le pertenecia por justos y derechos titulos, y que eran validos, y que con ellos le auia posseydo, no solo por treinta, sino por mas tiempo de quarenta años, con que tenia prescripto qualquier derecho.

Los titulos de que se vale esta parte, son la venta, que doña Luisa de Guzman, viuda de Pedro Fernandez de Toro, hizo como madre, y tutora de sus hijos, y refiriendose en ella auer interuenido toda solenidad y decreto de Iuez el año passado de 1560. a Francisco de Aguilar, que la tuuo y posseyò algunos años, y muerto este, Ana Gonçalez su muger, como madre y tutora de sus hijos, con informacion de vtilidad y prouecho, y decreto de Iuez, lo vẽdio a Pedro de Murga, por el año de 1573. y este lo vendio el mismo año auiẽdo tomado possession del a D. Francisco Melgarejo, el qual declara auer puesto, y cõprado el dicho cortijo, para el señor Licẽciado Benito de Gãboa del Consejo supremo de Castilla, y le cede y traspassa la

la possession. Y assi mismo se ha presentado por esta parte la institucion de mayorazgo, que con facultad Real hizieron los Señores Licenciado Benito de Gamboa, y D. Beatriz de Eraso su muger, por el año passado de 1574. en que se contiene el dicho Cortijo sobre que es este pleyto, y la dicha fundacion es en fauor desta parte.

Demas desto se assienta por hecho llano, que para pagar las deudas, y censos Pedro Fernandez de Toro, por clausula del testamẽto con que murio, mandò que se vendiesse vno de los Cortijos que tenia entermino de Montefrio, y q̃ tambiẽ es hecho llano, que dexo nombrada por tutora de sus hijos, a la dicha D. Luisa de Guzman, y que le fue discernida, y aprouada la dicha tutela por la justicia, y desto ay articulo en el interrogatorio de Sancho de Sarauia, pregunta 5. y assimismo es hecho llano, que por el pleito no se ajusta, ni por prouãças, que los menores estuuiessen en la edad pupilar, quando se hizo la venta, sino que solo erã menores, y por lo menos resulta q̃ todos eran nacidos el año de 1556. quando otorgò su testamento el dicho Pedro Fernandez de Toro su padre, y que desde el año de 1531. eran casados quando se otorgò la dote.

Tambien es hecho llano, que por clausula de su testamento, demas de mandar Pedro Fernandez de Toro, que se paguen las deudas, declara q̃ ha consumido algunas cosas de la dote de su muger, mãda se le paguẽ, y 100ŋ. marauedis de arras. Y es hecho cierto por los autos, que se pagarõ del precio de la venta del cortijo, sobre q̃ es este plei to 486ŋ750. marauedis de censos, que estauã sobre la hazienda, porq̃ auiẽdolos tomado a su cargo el comprador, por cuenta del precio, consta q̃ se redimieron, y se librò la hazienda, y q̃ la misma D. Luisa de Guzmã, para hazerse pago de lo que se le deuia de su dote y arras, se aprouecha del pre

cio del cortijo,vendiendole por si, demas de que otorga la vẽta,como madre y tutora de sus hijos, aunque no los nombra a todos nueue, que el padre nombro por sus herederos en su testamento.

Esto presupuesto,para cõprobacion de la clara justicia desta parte, se diuidirà esta alegacion eo dos Articulos.

En el primero se prouarà, que en la venta que D.Luisa de Guzman otorgo,no ay nulidad,y que fue legitima, y que los Actores no son parte para lo que pretenden.

En el segundo se prouarà,que quando la dicha venta contuuiera alguna nulidad, por defeto de solenidad, esta se auia purgado por el lapso y aprouacion quinquenal,y que con los dichos titulos,y possession de los dichos,no solos treinta años,sino mas de quarenta ay,y se induze legitima prescripcioo,y como si fuera inmemorial.

PRIMVS ARTICVLVS.

1 PRESVPONESE lo primero, que por el pleyto no consta que fuesse capital de Pedro Fernandez de Toro el Cortijo sobre que es este pleyto,ni dello ay prouança bastante, y el inuentario que haze doña Luysa de Guzman,es de los bienes q̃ quedaron del matrimonio de entrambos, y sin expressar que los cortijos que se inuentarian sean bienes capitales de voo, oi de otro, y por lo menos la presuncion de la l.1.tit.9.lib.5.recopilatio. es que todos los bienes se presumen gananciales, quedando por muerte de marido,o muger, y siendolo no ay duda,sino que ella los pudiesse vender por si, sin solenidad ninguna,per text.in l.1. C.cõmunium rerum alienatiooe, y porque antes de hazer particion,ni diuisiõ,*Potest coheres vendere rem*,vt est textus expressus,in l.hęredes,§.si vnus,& §.idem esset

fet si vnus,ff.familiæ ercifcundæ, l.si quis putans, §.fiue,ff.communi diuidundo,Morquechus,de di uifione bonnr.lib.1.c.2.n.45.

2 Pero dado caso,que vuiera prouança legitima de que el cortijn,sobre q̃ es estepleyto,fuessen bienes del Capitan Pedro Fernãdez deToro, se deue aduertir.Lo primero,q̃ a la oulidad de dezir, que la venta fue sio solenidad y decreto del Iuez, Sanchn de Sarauia,y Luis de Caruajal,solo puedeo teoer derecho por dos partes de nueue, quitadas las cargas de la hazienda, probat. texe. in l.1.C.de hæreditarijs actiombus,ibi:*Pro parte tibi competẽti petere debes*, & ibi Baldus, & Salicetus, & tradunt Antonius Massa,ad formam Camarę, titulo de processu,num.11.fol. mihi 124. Dueñas, reg.276.Ant.Gom.l.45. Tauri, n. 5. Rodericus Suarez,& alij citati,per Monte Alegre, sua praxi,c.5.à n.1. y en lo demas ay carencia omnimoda de accion, y en D. Diego, que ha falido a este pleyto, solo se puede confiderar la parte de Sancho de Sarauia su padre (y en essa no se sabe si ay mas herederos,ni tiene legitimada su persona) & *nemo sine actione experitur*,l.si pupilli 6.§.videamus, ff.de negotijs gestis,l.quoties,§.item si temporali,ff.de admioiftratinoe tutor. Crauet.cons.126. n.10.vol.4.Pancirolo,cõs.7.n.15.Marius Guiurba,decis.17.n.14.& decis.71.n.2.y eo el n.15.de la dicha decision 17 resuelue,q̃ en esta parte aun sin pedimiento de Iuez procede la doctrina referida quando por la demanda y pedimientn consta del defeto de la accioo:*Distinguendo inter exceptionẽ actionis incompetentiæ,& in exceptione carentiæ actionis.*

3 Para esta vna de nueue partes,que por nulidad de la venta se pretende, es la defensa ordinaria, el que lns bienes de menores no se puedẽ enagenar sin solenidad y informaciõ de vtilidad y procuecho, y decreto del Iuez, y que afsi la venta que hizo D.Luisa deGuzman,tiene oulidad notoria,

per

per text. in l. magis puto, §. non passim, ff. de rebus eorum, l. ob æs alienum, C. de prædijs minorum, & de iure nostro Regio, probat text. in l. 60. tit. 18. partit. 3. y q̃ para auer este decreto de Iuez ha de constar de necessidad vrgente, dicto §. non passim, ibi: *Modo si creditor vrgeat*, dicta l. 60. tit. 18. partit. 3. ibi: *O porque ge la demandaua muy afincadamente*, & traddunt latissimè Anton. Gabriel, consil. 36. n. 27. Surd. decis. 77. & decis. 231. n. 10. Ricc. collect. 345. & collect. 2174. Scouar, de ratiocinijs, c. 16. n. 30. Caldas, de emptione, c. 13. à n. 15. cum seqq. Sese, tom. 4. decis. 422. & decis. 423. Gironda, de exemptione priuilegiorum, q. 115. à n. 628. ad 632.

4 Y particularmẽte, porque solo el defecto de solenidad, sin otra lesion, causa nulidad en la venta de la hazienda de menores, *Quia dupliciter consideratur minor læsus, vel in pretio, vel in vendendo*, que es nuestro caso, l. quod si minor, §. restitutio de minoribus, & ex Pinelo, & alijs rectè tradit Faquineus, lib. 2. controuersiarum, cap. 89. Matienç. in repetitione, l. 1. ff. de minoribus, n. 132. & 133. y porque esto procede en tanto que el vender sin solenidad, solo es bastante para la nulidad de la venta, aunque la enagenacion aya sido vtil al menor, vt ex magis communi resoluit, idem Faquineus, dict. lib. 3. controuersiar. cap. 3. Gratianus, tom. 3. c. 583. à n. 5. cũ seqq. (aunque vno y otro confiessan por comun opinion la contraria.)

5 Pero estas doctrinas, y autoridades no son, ni puedẽ ser aplicables en nuestro pleito, por muchas razones. La primera, porque quando la ventas es de vtilidad, y necessidad a los menores, no procede la nulidad por defecto de solenidad, probat text. iuncta glos. in l. 1. C. de prædijs minorũ, y en nuestro caso la necessidad era la de la paga de las 468ꝟ750. marauedis de las deudas, y la de la dote y arras de doña Luisa, y en esto tambien

era

era de vtilidad librar la hazienda de los reditos de los censos, que la yuan consumiendo, y en este caso la enagenacion es legitima, absque solemnitate, per doctrinam glossæ, in l. cum hi, §. transactionem, vers. *Alienationis*, ff. de transactionibus, quam sequitur Baldus, Hodofredus, Angelus, Iacobinus, in prima lectura, Iacobus Butrigarius, in l. magis puto, §. non passim de rebus eorum, Romanus, cons. 416. Barbatia, cons. 61. col. 2. vers. *Quamquam ista sint colorata*, vol. 3. Francisc. de Ponte, cons. 1. n. 84. Mastrill. decis. 13. a nu. 7. & n. 9. illic: *Vbi dicit hanc esse communem opinionē, & eam fundari optimis, & melioribus rationibus, imô allegat gloss. in l. 2. de acceptilationibus, quæ dicit, quod semper, quando contractus fit ad commodum minoris teneat absque tutoris, & iudicis authoritate, & quod minor obligetur.* Y la vtilidad claro està que se considera en pagar y extinguir las deudas de vsuras, censos y reditos, ex l. 1. C. de solutionibus, Gregorius Lopez, l. 10. tit. 14. partit. 3. verbo, *Tal deuda como esta*, Surdus, cons. 290. num. 61. Farinatius, cons. 15. n. 49. & decis. 373. n. 5. part. 1. in nouissimis.

6 Et confirmatur secundo, porque de la manera que està prouado, que la causa sola de la vtilidad es bastante para la enagenacion, sine solemnitatibus, assi tambien lo ha de ser sola la causa de necessidad, Iacobus Menochius, cons. 182. Afflictis, de prohibita fendi alienatione, per Federicum, n. 26. y assi que sea bastante solo aner deudas para la validacion de la venta de los bienes de menores, aunque los acreedores no ayan executado, est doctrina Bart. in l. magis puto, §. non passim, ff. de rebus eorum, & per textum, in l. tutor vrgentibus, ff. de minoribus, resoluit Decius, cons. 403. col. 3. Parisius, cons. 98. col. 2. libr. 1. Rolandus, cons. 33. n. 2. lib. 1. & Gratianus, tom. 3. cap. 555. nu. 34. destas deudas no se puede dudar en nuestro caso, porque es hecho notorio, q̃

C las

las auia,y que se pagaron con el precio de la venta deste cortijo, y que Pedro Fernandez de Toro mandò se vendiesse su hazienda para pagar estas deudas.

5 Luego està prouada la causa de necessidad, y esta sola es bastante, Mastrill. dicta decis. 13. n. 15. ibi: *Potest alienari quando apparet vtilitas ex alienatione, & tanto magis predicta procederent in casu necessitatis.* Y en el n. 10. haze y sigue vna gallarda distincion, que viene muy a proposito para nuestro caso, porque para que en la venta de bienes de menor se requiera decreto de Iuez, y solenidades, distingue quatro casos. El primero, quando la vtilidad, o la necessidad es sabida (y este es el nuestro) El segundo, quando el daño es cierto y conocido. El tercero, quando no ay daño, ni ganancia. El quarto, quando se duda desto: y concluye cō que en el primero caso no es necessaria solenidad, ni decreto. En el segundo, que la enagenacion no vale, aunque aya lo vno y lo otro. En el tercero, y quarto, que es valida la enagenacion con solenidad y decreto, y nula si falta, vt sic Mastrillus, dicta decis. 13. dicto n. 10. ibi. *Quod aut vtilitas est indubitata, aut damnum certum; aut nec damnum, nec lucrum; aut dubitatur. Primo casu* (que es el de nuestro pleyto) *Valet alienatio sine decreto; Secundo, nec cum decreto; Tertio, & quarto casu cum decreto.*

8 La tercera razon es, que Pedro Fernandez de Toro, mandando por su testamento que se pagassen sus deudas, dispuso que para ello se vēdiessen sus casas, y vn cortijo, no siendo ellas bastantes, y para la paga destas deudas, por parecer mas conueniente, y no vender las casas por la razon de la l. lex quæ tutores, C. de administratione tutorum, se vendio el cortijo sobre que es el pleito, y en este caso quando el testador dispone y permite la venta de los bienes para ella y su validacion, no se requiere, ni es necessaria solenidad, ni decreto de

to de Iuez, probat textus, in l. 1. C. quãdo decreto opus non est, in hæc verba: *Si probare potest patrē pupilli cuius tutores conuenisti consensisse, vt reddito tibi prædio pretium reciperent id quod conuenit seruabitur; neque enim in eare authoritas præsidis necessaria est, vt tutoris sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant*, & in expresso, lo resuelue asi el señor Alonso Perez de Lara mi padre, in compendio vitæ hominis, cap. 23. n. 22.

9 La razon es, porque permitida la venta de los bienes, no ay resistencia, ni necessidad de informacion, pues la voluntad del difunto, que es la que se ha de guardar lo dispone, y el tutor que siguiendo esta voluntad vende bienes quando dixessemos que no hiziesse la venta tan formaliter de los que se le mandauan; el vender bienes fue acto necessario, *Et lex fauet ei qui facit actũ ex necessitate*, l. si fideiussor, §. 1. ff qui satis dare cogantur, Cacheranus, decis. 61. n. 7. y juzgandose la enagenacion necessaria, es indubitable no requerirse decreto, ni solenidad, Caldas Pereira, dicto cap. 13. n. 23. D. D. Ioannes del Castillo, tom. 6. cap. 113. n. 15. de manera, que en nuestro caso la venta deste cortijo fue vtil a los menores, pues con el precio della se libertaron los censos, y cargas que auia en la hazienda, se pagò a la madre lo que se deuia, se cumplio con la voluntad de su padre, que mandò vender su haziẽda para pagar las deudas con que la enagenacion se ha de tener precisamente por vtil y necessaria, y asi justa y legitima, aunque no vuiera solenidad y decreto.

10 Præcipuè, que la madre vendio por si mesma, y en el cortijo que vendio escogio la paga de su dote, y bienes que le consumio su marido, y que por su testamento le mandò pagar, y que la paga se hiziesse en los bienes que ella quisiesse, y asi lo tomò a cuenta de su multiplicado, y por esta parte es sin duda ser valida la venta sin solenidad, ni decreto,

decreto, *Nam vtile non debet per inutile viciari*, ex reg. iuris, & probatur, in cap. cum dilectus filius 19. de præbendis, l. qui testamento, delegatis 2. Gutierrez, de iuramento, parte 3. cap. 5. nu. 20. Caldas, cons. 39. n. 35. Guiurba, decis. 85. n. 9. Farinarius, q. 463. n. 12. D. Castillo, tom. 5. cap. 100. n. 6. Barbosa, in tractatibus varijs, axioma 231. *Vt in donatione facta à minore, quia quamuis accedat authoritas curatoris non viciabitur per inutilem adiectionem cum solus donare posset*, l. vnica, in princip. C. de rei vxoriæ actione, Barbosa, l. si ante, num. 17. in fine, ff. soluto matrimonio, D. meus in Compendio, cap. 22. n. 33. ni la nulidad, respeto de vna parte la causarà en todo, l. in hoc iudicio, ff. familiæ erciscundæ, Gratianus, tom. 1. cap. 162. nu. 18. & 19. & tom. 3. cap. 447. n. 40. & 41. & 566. n. 1. Farinatius, in decis. nouissimis, decis. 118. n. 4. & decis. 634. n. 10. p. 2. Salgado, de Regia protect. part. 4. cap. 14. à n. 197. & 198. cum seqq. Dom. meus, in compendio, cap. 20. n. 31. & 32. Porque en los actos diuiduos y separables, no procede el viciarse lo vtil por lo inutil, Gracianus, dictis locis, & cap. 141. n. 11. & tom. 3. cap. 529. nu. 20. & 552. n. 24. & cap. 587. n. 14. Salgado, vbi supra, part. 2. cap. 7. n. 74. & part. 4. dicto cap. 14. n. 205.

11 La vltima razon, porque en la mesma escritura de vẽta que doña Luisa de Guzman otorgò se dize, y haze relacion, que interuino solenidad, y decreto de Iuez, y respeto de que desde el año de 61. hasta el de 604. que fue la contestaciõ desta causa, como despues se prouarà, passaron mas de quarenta y tres años, y esta solenidad y decreto del Iuez, es cosa extrinseca, que como pareciera a parte, aunque no estuuiera en la misma escritura de venta, no causaua defeto por curso tan largo, como de quarenta años se ha de presumir auer interuenido, ex text. in l. qui in aliena,

§. 1.

§.1.de adquirenda hæreditate,& ex l.si filius 10. C.de petitione hæreditatis, Afflictis, decis. 107. Menochius,lib.1.præsumpt.48.Casanate,cons. 43.a n.116.cum seqq.Cancer.lib.resol.cap.7.n. 80.Riccius,in decis.Curiæ,decis.116. cum alleгat.sequenti,part.2. & plures cumulat Nicolaus Genua, in conciliatione cunctarum legum, ad l. creditor,C.de vsuris,& l.cum de in rem verso,ff. eo tit.pag.mihi 405.

12 Y aunque si esta solenidad fuera de essencia de la venta para estar enella mesma si faltara, no se pudiera presumir su interuencion,*Quia quãdo ex tenore scripturæ constat,quod solemnitas non fuit obseruata in ea forma,quam ius requirit, tunc per cursum cuiuscumque temporis non præsumitur quod instrumentum fieret cum solemnitate necessaria*,vt probat Paulus Castrensis,cons.81.col.3.vol.4.& cons.48.vol.1.Antonius Gabriel,lib.1. communium,tit.de præscriptionibus,conclus.1.n.37.vers.Quarto limita,Genuensis,in practica Ecclesiastica,q.130. in princ. Phebus,decis.82.n.21.& 22.Barbosa,in additionibus,& castigamentis,lib.4.titul.48.n.187.fol. 26.col.2.& de potestate Episcopi eius filius, Barbosa,allegat.23.Ioseph Sese,decis.375.esto procede en el caso que estos Doctores hablan en que del mismo acto y escritura antigua consta,que faltò en ella el requisito que era necessario para validarla, como en vna emphiteusis, que es la dicha decision 82.de Phebo,para el cap. cum de beneficio de præbendis, que si del mismo instrumento cõsta que se hizo solo por dos Frayles el tiempo, en esto no tiene nada que hazer, porque siempre se està descubriendo patentemente la nulidad,nõ sic,en nuestro caso,que como el dar la justicia licencia,y el auer interuenido informacion de vtilidad y prouecho, es cosa extrinseca, que podia hallarse a parte en algun oficio de escriuano, como se refiere en la misma escritura, y hallandose

D decre-

decreto de Iuez, y solenidades, no auia nulidad.

13 La antiguedad de tiempo tan grande, y de mas de quarenta años, ha de obrar presumirse esta solenidad extrinseca, & haoc resolutionem, tenet Stephanus Gratianus, tom. 2. disceptat. cap. 318. a n. 31. & n. 38. ibi: *Cum antiquitas faciat presumi interuenisse solemnitatem extrinsecam formalem.* Alexander Ludouisius, decis. 393. n. 2. & 3. porque la falta de no estar incorporada con la escritura de vẽta la solenidad, que es extrinseca, no se dize vicio visible, y estos vicios son los que la antiguedad del tiempo no haze presumir que no faltan, pero lo que no es visible, por el largo transcurso se presume.

14 Y que siendo el tiempo de mas de quarenta años, sea tan poderoso que haga presumir qualquiera solenidad, aunque sea de tan grãde importancia, como es licencia para la validacion del acto, tenet in terminis D. Didacus de Baldes, in additionibus ad Suarez, tit. de las deudas, n. 24. y en solo antiguedad de diez años, y aunque la solenidad de auer interuenido poder, es disputable, si se pueda presumir, o no, Gutierrez, cons. 28. n. 13. Raudensis, cons. 17. a n. 103. vol. 1. Riccius, collect. 383. & in decis. Curiæ, part. 2. decis. 149. n. 1. Phebus, decis. 8. nu. 35. si el transcurso de tiempo es de mas de los dichos quarenta años, que se presuma auer interuenido poder, resoluit Ioseph Sese 4. tom. decisionum, d. decis. 375. n. 8. ibi: *Sed quod imò ex longinquitate longissimi temporis triginta, vel quadraginta annorum, probetur mandatum tenent multi allegati per Boerium*, y la razõ en que Sese refiere, que se fundò Boerio es, porque se tiene por solenidad, extrinseca, ibi: *Est verum quod Boerius ducitur in parte fundamento quia est solemnitas extrinseca.* Y resuelue Sese por los numeros siguientes, que la enunciacion del poder basta.

15 Luego toda solenidad extrinseca se haze presu-

presumir interuenida por el transcurso del tiempo, vt eleganter vltra DD. citatos pluribus comprobat Ioannes Aloisius Riccius, in decisionibus Curiæ, d. p. 2. decis. 116. cum allegatione Ioannis Mar. Nobarij, ibi inserta, pero en nuestros proprios terminos, que en enagenaciõ de los bienes de menores, la solenidad enunciada, si el tiempo es antiguo, se presuma auer interuenido, resoluit Sese, dicto 4. tom. decisionum, d. decis. 423. n. 6. dicens: *Et generaliter vbicumque solemnitas potuit adhiberi tempore actus, & ex processu non apparet de eius defectu, quia potest alibi esse ad partem, sic enunciata præsumitur interuenisse, Abbas, vbi supra vulgato, cons. Castrensis 81. secus vbi apparet de ea minus tamen solemni.* Y aunque loquitur in decreto enũtiante solemnitatem, la razon toda es vna misma, aunque se enuncie in instrumento, y ni lo niega Graciano, disceptatio. cap. 153. per totom, ni Caldas, de emptione, & vẽditione, c. 13. n. 47. ni Sese, d. decis. 423.

SECVNDVS ARTICVLVS.

16 DEMAS de la dicha venta del año de 1561. tenemos el titulo de la venta del año de 1573. en que en esta ay toda solenidad, decreto, informaciõ de vtilidad y prouecho, en que ni se duda, ni se puede oponer auer auido defeto, pero quando no vuiera este titulo para la prescripcion legitima, que despues se fundarà, siẽdo cierto como es del pleyto, que estos menores no hã reclamado, intra quinquenium (porque quando hizieron la reclamacion, fue el año de 1596. siendo ya por lo menos el menor de mas de quarenta años (porque el testamẽto del padre fue el año de 556. en que todos eran ya nacidos) entra en fauor desta parte, para su omnimoda exclusion de la parte contraria, la decision del texto, en la l. final, C. si minor maior factus alienationem

nem,fine deceto factam ratam habuerit, donde el Emperador Iustiniano decide,que auiēdose he cho las vētas de menores,por si,o sus curadores, sin decreto oi solenidades, passados cineo años despues de ser el menor o menores mayores, se entienda la tal venta aprouada y ratificada, ibi: *Ideoque pracipimus si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem idest post viginti,& quinque annos connumerandos nihil conquæstus est super tali alienatione,is qui eam fecit, vel hæres eius minime posse retractari eam occasione prætermissionis decreti,sed sit tenere quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita*. Y fuera de que es disposiciō textual,ita in terminis, resoluit per d.textū,in eo Bart.& DD.Corneus, conf.36.lib.2.& conf.207.col.penult.lib.3. Cal das,io l.si euratorem habens, verbo, infra legitimum tempus,n.21.fol. 1398. & 1399. y con tan grao fuerça obra esta presuncion de aprouacion, que dize en el n.21.que se entiende passados estos cineo años,auerse hecho nueuo contrato, confir mando la enagenacion oula,hecha por el menor, o por el curador,sin decreto,ni solenidad.

17 Et pluribus authoritatibus elegantissimè resoluit meus Pater D. Illephonsus Perez de Lara,dict.compendio vitæ hominis, cap.22. n.45. & 46.y enel n.47.responde a la l.quod abinitio, ff.de regulis iuris,y enel 48. resuelue,que aunque alguoos Doctores han querido limitar la disposicion de la dicha l.final,quando el contrato,ven ta,o negenacion,desde su principio fue nula, como pretende la parte contraria,auer sido la venta que hizo doña Luisa de Guzman, que lo contrario es la verdad,vt dicto n.48.ibi: *Et licet aliqui voluerint non procedere decisionem,d.l.final Quādo actus abinitio esset nullus,vt dicit Gamma,decis.76.cōtrarium est verius quia alienatio rei immobilis (de qua loquitur, d. l fin.) facta sine decreto erat omnino nulla, & ait lex quod ratificatur per quinquenij silentium, vel decenij in lucrati-*

uis,

uis,Cancerius,2.p.variarum,cap.1.n.27. Y en el nu. 49.dize,que no solo se suple el decreto del Iuez, necessario para validarse la enagenaciõ,sino que se suple tambien la causa necessaria para la enagenacion,y alega a Cacherano,en la decisiõ 269. numer. 13. y a Gama,en la 275. y a Montano, de tutelis, y concluye el numero, con que procede esto,aunq̃ la enagenacion aya sido hecha, no por el menor,sino por el tutor, o curador, por la autoridad de Antonio Fabro,vt sic D.meus, d.cap. 22.n.49.fol.342.illic: *Et procedit etiam si alienatio esset facta tutore,vel curatore authore Antonius Faber,decis.2. illius tituli si maior factus.*

18 El verdadero entendimiento desta ley,es el referido,y en el magis cõmuniter assentiunt DD. & vltra citatos resoluunt Menochius, tomo 1. cons.29.a n.48.& tom.5.cons.439.n.47. & tomo 6.cõs.589.n.12. & cõs.590. n.9. & de recuperanda,remed.15.n.178.Molphesius,cons.4.a n.33.Ioannes Aloisius Riccius,collect.264.& in praxi aurea,resolution.302.a n.19.Caualcanus, de tutore,& curatore,a n.146. Alexander Tretacincus,lib.2.variarum,tit.de minoribus, resolut. 10. Alexander Ludouisius, postea Summus Pontifex Gregorius XV.decis.260.n. 13.& ibi, Oliuerius Beltraminus,n.23.Stephanus Gratianus,tom.3.disceptat.cap.513.a n.9.ad 30. & tomo 5.cap.824.a n.52.& cap.879.n.17.Ludouicus Censius,tract.de censibus,p.1.q.1.art.2.n.23. & seqq.fol.24.

19 A la resolucion fundada,no obsta la limitacion que algunos Doctores ponen a la dicha ley final,diziendo,que no procede sino es prouãdose que el menor, o menores tuuierõ noticia de lo que contenia el contrato,y venta,que se pretẽde estar aprouado por la dicha ratificacion quinquenal, Surd.latissimè en el consejo 49. desde el n.29.Gratian.d.cap.513.a n.9.& n.30.tom.3.&

dicto c.824.a n.52.cum seqq. tom.5. Y tambien refiere esta limitacion mi padre, d.c.22.n.52.

20 Pero satisfazese, con que lo contrario funda y resuelue elegantemente Caualcano, de tutore & curatore, num.146 quando el titulo es oneroso, como en nuestro caso la vẽta que hizo la dicha doña Luisa de Guzmã, ibi: *Ad si res minoris alienata fuerit titulo oneroso, & tacuerit per quinquenium post etatem perfectam ratificasse dictam alienationem ipso iure à lege præsumetur, adeo quod maior non poterit amplius a'i quam restitutionem in integrum aduersus alienationem factam tempore minoris ætatis petere, per textum clarum, in d.l.final, C.si maior factus, quæ lex finalis habet locũ quando contractus est factus ab ipso minore sine consensu curatoris, aut ab ipso tutore, & curatore nomine pupilli absq; præsentia minoris, & iudicis decreto.* Anton. Gomez, tom. 2. variar. c.14.n.11. Stephan. Gratian. dict. cap. 513.n.15.& sequitur Censius, d.p.1.c.2.q.1.art. 2.n.23.quem citat Pater meus, vbi supr.& n.24.

21 Y para que quede sin dificultad la respuesta de la resolucion y fundamentos contrarios, en quãto a q̃ no se suple por la ratihabicion quinquenal, la nulidad que tiene la vẽta que haze el tutor, ni la venta de que no tuuo noticia el menor, respondo cum eleganti varia. Tretacinqui, dicto lib.2.dict.resolut.10.& final, donde dando el verdadero entendimiento de la dicha ley vltima, si minor maior factus, y declarandola desde el n. 4. pone diuersas limitaciones, y en el nu.7. dicit sic: *Contrariam opinionem quod imo alienatio facta de re minoris sine cognitione causæ, & solemnitatibus iuris non obseruatis, & sit ex quouis capite nullitatis per ratihabitionem expressam verbis, & facto inductam, & etiam per tacitam hoc est per lapsum quinquennij in titulo oneroso confirmetur tenet Bozius, &c.* Y alegando muchos Doctores prosequitur dicens: *Vbi expressam ratihabitionem tacitæ equiparat, sed per expressam verbis, aut facto inductam omne nullitatis vitium ex quouis capite in eo casu tollitur*

idem

idem ergo est tacita, ut equiparatorum eadem sit virtus. Y lo funda por la l. 1. & 2. del dicho titulo, C. si maior factus, & subsequitur in hæc verba, *Ego non recederem ab hac secunda opinione, quam tenet etiam Ioannes Cephalus, conf. 51. vol. 1.* Y responde a la l. final, y concluye, diziendo: *Tu igitur in iudicando ab hac secunda opinione non discedas, qua probatur etiam per glossam, in d. l. 3. in §. 1. in verbo comprobauerit, ff. de minoribus ubi dicit interpretando dictum verbum comprobauerit, scilicet expresse, & idem si tacitè, ut si taceat per quadriennium, quando contractus tenuit, ut C. de temporibus in integrum restitutionis, l. final, vel quinque annis quando non tenuit, ut C. si maior factus, l. final,* & prosequitur dicens: *Ecce quod glossa non considerat simpliciter decreti nullitatem, sed generaliter nullitatem considerat, & ideo siue nullitas sit ex defectu decreti, siue ex defectu causæ si adsit post maiorem ætatem comprobatio, siue expressa, siue tacita contractus retractari non potest.* Y Caualcano, en el lugar citado, dict. n. 146. 147. & 148. resuelue lo mismo.

22 Sin que tampoco pueda obstar el que no procede esta ratificacion quinquenal, de iure Canonico, por causa de la mala fee presumpta, porque responde elegantemente Trentacinco, dicto num. 9. por todo el haziendo dos distinciones. La primera, en el versicul. *Aut ista ratificatio fit re, & facto.* Y la segunda, en el versicul. *Aut ratificatio ob lapsum quinquennij,* y concluye dicens: *Ex isto vides ex hac consideratione legem præsumere scientiam in minore effecto maiore, & cum sciat & nihil infra quinquennium dicat elapso quinquennio dicitur contractum ratificare, & confirmare, ut ex nunc, & non ut ex tunc, & adeò validus efficitur, & retractari non potest, nec de iure ciuili; nec de iure Canonico, cum tempore confirmationis, quod attenditur, cessat illa mala fides præsumpta;* y que tambiē proceda la resolucion de la dicha l. final, de iure Canonico, demas de Menochio, dicto conf. 29. num. 48.

resoluit

resoluitt Gratianus, dicto cap. 879. num. 17. porque no es prescripcion, sino ratificacion.

23 Demas de lo referido, es la defensa de Sancho de Sarauia, y Luys de Caruajal dezir, que su madre no vendio por ellos, porque no los nombrò en la venta. Y aunque esto tiene facil respuesta porque que lahizo por si, y como tutora de sus hijos, aunque se considere que la venta se aya de restringir a los hijos que nombrò, lo que se vendio es todo el Cortijo que se defiende en este, llana cosa es, que tenian parte, y las mayores partes los hijos por quien vendio la madre, y cuya venta està ya prouado ser legitima, por tantas razones y fundamentos por derecho, el que tiene parte en la cosa la puede vender, & transfert vsocapiendi, & præscribendi conditionem, a el comprador, vt est textus expressus, in l. 1. C. communium rerum alienatione, luego con prescripciõ, no solo ordinaria, sino de treinta, y de quarenta, y mas años; no se puede dudar sea titulo legitimo el desta parte.

24 Que esta prescripcion que se ha opuesto sea de mas de quarenta años, considerado el titulo y venta de doña Luisa de Guzman, y demas de treinta años, considerada la segunda venta deste cortijo, *en que vuo decreto del Iuez y solenidad*, no es dubitable, porque como hemos presupuesto al principio de la demanda, que pusieron Sancho de Sarauia, y Luis de Caruajal, en el año de 1596. no ay notificacion ninguna, y aunque fuessemos, con que *lis sumit effectum à citatione*, ex glossa, in l. vbi cæptum, ff. de iudicijs, & ex glossa, in l. causas de transactionibus, Ioseph Ramon, cons. 26. num. 4. *Et quod etiam inducatur litis contestatio per oppositionem exceptionis peremptoriæ*, ex l. 1. C. de litis contestatione, & cap. final, de litis contestatione, in 6. Riccius, collect. 403. lo mas juridico es, que la verda-

verdadera conteſtacion ſe haze, *Ex principalis negotij apud Iudicem competentem facta narratione, & exceptionibus propoſitis.* Tiraquelus, de retract. lib. 1. §. 15. gloſ. 2. n. 1. Maranta, par. 6. membro 10. n. 3. Parlador. lib. 1. c. 14. n. 3. Stephan. Gratian. c. 66. n. 29. tom. 1. D. meus, in cõpendio, cap. 27. n. 32. *Vbi quod primus actus cõtradicens facit conteſtationem.*

25 Y en eſta conformidad, quando ſe puſieron excepciones por don Antonio de Gamboa, fue en 27. de Março de 604. ſin que antes deſte dia pueda entenderſe verdadera, ni ficta conteſtaciõ, porque aunque la afirmatiua de la demanda fue en 27. de Março de 601. la rebeldia ſe acusò mal, *Porque auian de paſſar veinte dias de poner excepciones,* l. 1. tit. 5. lib. 4. recopil. & ibi Azeued. n. 13. & n. 41. y *no paſſaron ſino tres*, y ſe recibio a prueua, en 21. de Enero de 604. que tampoco eſto causò conteſtacion, ni la vuo legitima, haſta el dicho dia en q̃ ſe puſieron las excepciones, porque la opoſicion de excepcion declinatoria, ex Riccio, vbi ſupr. d. collect. 403. & ex omnibus, & ex ipſa natura oponendi talem exceptionem, es contraria a la cõteſtacion, Marta, de iuriſdictione, 4. p. caſu 36. n. 3. y quando dixeſſemos, que ſe pudiera auer induzido alguna ficta conteſtacion, *ex facto iudicis*, con recebirſe la dicha cauſa a prueua, eſto fue tãbiẽ el año de 1604. demas que la ficta litis cõteſtacion, no cauſa, *ni obra efetos de mala fee*, Phebus, deciſ. 74. n. 4. & 5. vbique, *Solum adaptari poteſt ad effectus minoris praiudicij.*

26 Luego con euidẽcia en nueſtro caſo ay reſpeto del primer titulo, preſcripciõ demas de quarenta años, y reſpeto del vltimo titulo de Ana Gõçalez, demas de 30. y aſsi en nueſtro fauor las deciſiones de los textos, in l. ſicut, & in l. omnes, C. de præſcriptione 30. vel 40. annorum, vbi, *Quod omnis actio triginta, vel quadraginta annorum ſpatio tollitur*, ſin que a eſta preſcripcion pueda reſiſtir el pe-

dir restitucion por ignorancia, Ceuall. comuniū contra cōmunes,q.48. y porqne en ningū caso se dá,ni admite restitucion contra la prescripció de 40.años,vt pluribus authoritatibus,resoluit Mõ te Alegre,lib.1.c.4.a nu.60. cum seqq.sua praxi, *Nisi ex minori ætate*,vt decis.4.a n.89.Y aunque por el beneficio de Iustiniano,l.fin.C. in quibus causis,no corre contra elmenor prescripcion,esta es en la ordinaria,q̃ el mismo texto exceptua el tiēpo y prescripció de 30. y de 40.años. *Neq. etiā datur restitutio aduersus hāc præscriptionē triginta annorum*, vt iuridice defendit D. Francisc. Hieron. de Leon, decis. Valentina 193.lib.2.a n.15.cum seqq.

27 Solo podia esto tener limitacion, en que si Sancho de Sarauia, y Luis de Caruajal tuuieran prouado auer corrido alguna parte desta prescripcion en la pupilar edad, se baxasse este tiempo, y no se cōputasse en el de la prescripcion, Balbus, de præscript.p.1. sextæ partis principalis, n.86. Montan. de tutelis,c.37.n.64. *Nam in hac præscriptione minorum solum tollitur emedio tempus ætatis pupillaris hoc enim tempore præscriptio capta dormit*. Molin. disputat.78. Barbos. de præscript. d.l. sicut, a n.331. cum seqq. fol.192.& 193. D. meus, in compend. c.21.n.95.& c.2.nu.59.& 60.y quando dixessemos,que auia alguna edad pupilar q̃ quitar, pues todos los menores erau nacidos el año de 1556. desde entonces al de 560.o 561.que fue la venta, ay seis años desde alli adelante, *solo pudiera cōsiderar se pupilar edad siete o ocho*, quando estos se quitassen dela prescripcion de 40.años,quedanos prescripcion legitima, y cō titulo legitimo y buena fee de mas de 30. y tantos años, y assi es inexcusable cō sequencia,que por ningun camino tiene apoyo la demanda de Sancho de Sarauia,y Luis de Caruajal su hermano.

28 Y finalmente de qualquiera manera que se consideren los titulos q̃ tiene D. Antonio de Gā-

boa,

boa, de los cortijos sobre que es este pleito, desde la primera venta de D. Luisa de Guzman, q̃ fue en 21. de Março de 1561. hasta el año de 604. q̃ fue la contestacion de la demanda, o hasta el año de 601. por 27. de Março, o por 30. del dicho mes mes (que es lo mas riguroso que puede recebirse para tenerse por contestada) passarõ mas de 40. años, y en continuacion deste titulo, es el de Ana Gonçalez, que como tutora de sus hijos, con la di cha informacion de vtilidad y prouecho, hizo vẽ ta con toda solenidad a Pedro de Murga, por el año passado de 1573. y este vendio en 18. de Iulio del mismo año a D. Francisco Melgarejo, y D. Frã cisco en 20. de Iulio del dicho año de 1573. hizo declaracion, que la cõpra auia sido para el señor Benito de Gamboa, y en el mayorazgo del señor Benito Lopez de Gamboa, y de la señora D. Beatriz de Eraso su muger, que fue en 23. de Iulio de 1575. se contiene señaladamente el cortijo sobre que es este pleyto, y està vinculado con facultad Real: luego si passaron mas de 40. años cõ titulo y titulos, biẽ podemos dezir que tiene en su fauor D. Antonio prescripciõ inmemorial: *Quia præscriptio quadraginta annorum cum titulo habet vim immemorialis præscriptionis*, ex tex. in c. 1. de prescript. lib. 6. cum ibi notatis, in c. cum personæ. §. quod si tales de priuilegijs, eod. lib. tradddunt D. Molin. de primogenijs, lib. 2. cap. 6. num. 51. & 52. Gutierrez, lib. 1. practarum, q. 86. num. 1. & per totam, Auendaños, tracta. de censibus, cap. 8. n. 17. ibi: *Secundò infertur, quod cum præscriptio quadraginta annorum cum titulo, etiam, vt vulgariter dicitur, colorato, & aliàs inualido æquiualens sit immemoriali, cap. 1. de præscriptionibus, libr. 6. sufficeret ea quadraginta annorum titulata ad inducendam obligationem soluendi in futurum impositiones, quod nominatim, probat Couarruuias, in dicta regula possessor, 2. part. §. 4. num. 5. versicul. Quadragenariam præscriptionem immemorialem.* Luego aunque el titulo se tuuiera por inualido y colorado, como resueluen

los

los Doctores, el transcurso de quarenta años le haze tan fuerte, que tiene la fuerça y autoridad de prescripcion inmemorial.

29 Et hanc æquiparationem quadragenariæ prescriptionis cum titulo, & immemorialis prescriptionis omnes admittunt, vt tradit D. D. Ioannes del Castillo, tom. 5. cap. 93. §. 8. num. 11. ibi: *Quod præscriptio quadraginta annorum cũ titulo immemoriali præscriptioni æquiualet, siue æquiparatur, adeò, vt quoties lex immemorialem præscriptionem requirit, præscriptio quadraginta annorum cum titulo sufficiat, ex textu, in cap. cum personæ, §. quod si tales de priuilegijs, lib. 6. & cap. 1. verſ. Legitimè iuncta gloſ. de præſcriptionibus, eodem libro*, & prosequitur idem D. Castillo, dicto §. 8. num. 17. Y es tan grande la fuerça de la prescripcion de 40. años, ex d. l. sicut, & d. l. omnes, C. de prescriptione 30. vel 40. annorum, & ex d. l. fin. C. in quibus causis, q̃ sin embargo de que enel dicho lugar resuelue el señor Castillo, q̃ ella con titulo no es bastante para prescriuir los bienes de mayorazgo, dicto cap. 93. §. 8. per totum, nunc nouissimè Didacus Brito, tract. de locato, & conducto, cap. potuit, §. 2. à nu. 49. ad 54. fol. 368. cum seqq. iuri dice fundat, *Quadragenariam præscriptionem sufficere, etiam sine titulo ad præscriptionem rerum maioratus*: que serà quando no se trata de prescriuir cõtra bienes de mayorazgo, sino en fauor dellos; y no sin titulo, sino con el, y no con inualido y colorado, sino con titulo legitimo, como tenemos fundado, y con buena fee, y con tantos titulos como estan presentados. Con lo qual parece, que està satisfecho no tener restitucion alguna q̃ conseguir la parte de los Actores, ni cõpetirles contra la prescipcion opuesta, no siendo menores quando la pidieron, y que esta parte deue ser absuelto, y los Actores condenados en costas, como temerarios litigantes. Salua, &c.

El Licenciado Don Iuan Perez de Lara.